

CONSTRUCCIÓN DE LA REALIDAD EN EL ESPACIO JUDICIAL

2

Como una de las categorías jurídicas más enrarecidas de cualquier sistema normativo, puede señalarse el propósito de erigir la verdad como fundamento de las decisiones judiciales, y es por ello, que entre las normas más difíciles de comprender dentro del cuerpo axiológico de la Ley 906 de 2004 se encuentra precisamente el artículo quinto, considerado dentro de los principios rectores del estatuto⁴². Conforme a la disposición, el rol óntico del juez se explica por el establecimiento objetivo de la verdad y la justicia⁴³.

No resultaría demasiado juicioso entrar a puntualizar lo que debe entenderse por “verdad”, cuando de ello se ha ocupado buena parte de la filosofía del derecho, por cierto, sin haber alcanzado el estado de tranquilidad que auguraron los griegos al camino demarcado por este tipo de búsquedas. Lo cual no impide, desde luego, hurgar en las metodologías de configuración de la verdad judicial e identificar su relación, inescindible por cierto, con el manejo de la prueba.

Efectivamente, las investigaciones de Foucault permitieron identificar dos paradigmas fundamentales de configuración de la verdad judicial. Uno, sin un

42 La dificultad no proviene definitivamente de la literalidad del texto, es decir, sintácticamente no registra exigencias mayores de hermenéutica; empero, la determinación de sus límites extensionales se ofrece sumamente difícil de identificar conforme se dará cuenta en el curso de la investigación.

43 “Imparcialidad. En ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia”.

método objetivo de demostración, y que hoy seguramente designaríamos como “arbitrario”. El otro, por ser mucho más próximo a nuestro modelo, seguramente reconoceríamos como “racional”, en la medida en que procura construir la decisión judicial a partir de un método preestablecido de demostración objetiva.

Con respecto al primero, se halló que existía un sistema caracterizado porque la decisión judicial se operaba a partir de las *verdades* impuestas a la sociedad en calidad de absolutas; lo cual facilitaba el ejercicio de la imposición del conocimiento privado del juez, adquiriendo prácticamente fuerza de ley a través de la sentencia. Por consiguiente, los fundamentos de las decisiones surgidas por esta vía no tenían que constituirse a partir de experiencias comprobables de los hechos juzgados, sino que surgían como presupuestos de lo que las instancias de poder querían que fuera la “verdad” y que, respecto del proceso, venían impuestos previa o intempestivamente, sin probabilidad de ser sometidos a cuestionamiento ni mucho menos a comprobación.

Cuanto hace el juez de este modelo es confrontar el dicho del procesado frente al postulado axiológico o a su creencia personal y, mediante una “puesta a prueba” que no atiende presupuestos de comprobabilidad, si se quiere, por ello mismo arbitrarios, determina la inocencia o la culpabilidad del justiciable. Así por ejemplo, se sabe que durante los procesos seguidos por la inquisición, la determinación de la veracidad de lo afirmado o infirmado por el procesado se establecía mediante puestas a prueba que desafiaban toda racionalidad contemporánea, confiadas a fuerzas suprahumanas y no a una tentativa de reconstrucción de los hechos.

El otro procedimiento de constitución de la verdad judicial identificado por Foucault, completamente paralelo al precedentemente descrito, se basa en la indagación. Su principal característica es que informa las decisiones en evidencias que permiten deducir, como labor esencial del juzgador, la forma en que construyó un juicio estructurado a partir de la demostración de los acontecimientos sucedidos.

Más aún, el autor se permitió proponer fecha de nacimiento a la indagación como método, al asociarla con la época de Edipo Rey. Identificación temporal que, cuando menos, el más antiguo procedimiento civil romano, específicamente,

el de las llamadas acciones de la ley, pone en cuestión tal fecha, en la medida en que se habrían practicado con anterioridad al siglo sexto antes de Cristo⁴⁴.

Desde luego, esas dos formas fundamentales de creación de la verdad judicial no se habrían originado en las formas jurídicas, sino que se incubaron en el cenit epistémico de los dispositivos de poder articulados en alianza que favorece o desfavorece efectos funcionales, por cierto, nada jurídicos.

Lo cierto es que no puede sustentarse a partir de una historiografía fidedigna la existencia de formas de procesamiento que correspondan en un grado de identidad incontestable con determinados procedimientos judiciales de configuración de la verdad⁴⁵.

Decididos o no a favor de las ideas fucoltianas, hay quienes a partir de una discriminación poco menos que plausible, entre formas inquisitoriales y formas acusatorias de enjuiciamiento criminal, han cedido a la tentación de identificar las últimas con mecanismos de constitución de la verdad basados en la indagación. Y, consecuentemente, se ha procurado asociar los mecanismos basados en el conocimiento privado del juzgador, con formas de enjuiciamiento predominantemente inquisitivas.

Quizás esta inclinación obedezca a la propensión a hacer corresponder, muchas veces forzosamente, el proceso acusatorio con un campo jurídico compatible con estructuras políticas predominantemente democráticas, en donde se permite el descubrimiento de la llamada “verdad real”, mediante la garantía de una fausta independencia de la rama judicial que, adicionalmente, la inmune del capricho del juez a través de un sistema incuestionable de garantías procesales. Por oposición a sistemas de enjuiciamiento apropiados a organizaciones políticas con prácticas antidemocráticas, que facilitan la injerencia arbitraria de otros poderes en el judicial, como por ejemplo el ejecutivo; o que, en todo caso, se preste a que intereses ajenos a la litis que se debate en cada actuación procesal se entremetan en las decisiones o la orientación de los procesos, bien mediante la inexistencia,

.....
44 No es este un dato que controvierta, en absoluto, el valor de la investigación, pero contribuye al natural escepticismo que acompaña el deseo de sujetar periodos históricos con prácticas correspondientes. Por demás, lo acontecido en países como Colombia, con el recurso a copiar en lo esencial el modelo de Código de Procedimiento Penal que en 1803 sancionó Napoleón, son suficiente evidencia de lo aleatorio que resultan este tipo de asociaciones.

45 Referimos específicamente las formas de enjuiciamiento criminal al menos cuanto hace a los menesteres epistemológicos de este proceso de investigación.

relajación o inoperancia de las garantías procesales, o mediante la politización de los actores con poder decisorio dentro del espacio judicial.

En la actualidad no se discute la improbabilidad de practicar formas acusatorias o inquisitivas puras, bien que se prefiera hablar de sistemas jerárquicos y paritarios. Pese a que sí pueden identificarse tendencias hacia una u otra forma más o menos acentuadas y, si bien los mecanismos de constitución de la verdad judicial diversos a la indagación pueden hoy día resultar irracionales y reprobables desde toda perspectiva, lo cierto es que han logrado perpetuarse como presupuestos de imputación, incluso en procesamientos con características acusatorias. Ello es verificable en campos jurídicos que admiten la responsabilidad objetiva o las presunciones probatorias, las cuales fácilmente devienen en mecanismos de enjuiciamiento donde la indagación como técnica de constitución de la verdad cede al peso de verdades absolutas.

Versiones de estas manifestaciones las encontramos, por ejemplo, en el mecanismo de responsabilidad disciplinaria, en que si bien los hechos deben demostrarse, no así la responsabilidad o, en la presunción de percepción de un salario mínimo como ingreso promedio⁴⁶.

De cualquier manera, no parece sujeto a cuestión que la indagación, en mayor medida, es el mecanismo institucionalizado a partir del derecho internacional, en cuanto ha encumbrado la necesidad de vencer en juicio a una persona con fundamento en pruebas regulares, oportunas y legales, para poder ser condenada legalmente⁴⁷.

Por ello mismo, se parte de la base de que en Colombia el derecho procesal penal del siglo XX es característicamente indagacional⁴⁸. Sin duda, puede sostenerse

46 Mucho más evidente en el segundo evento que, en el caso colombiano, permite que las personas resulten condenadas al amparo de la presunción en procesos que carecen de contenido heterocompositivo, tal y como se demostró en la investigación *Los Fallos Penales por Inasistencia Alimentaria, un desfase entre la ley y la realidad judicial*, en que se puso en evidencia cómo daba igual que una persona fuese juzgada por su denunciante que por un juez.

47 Desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos hasta el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional permiten sostener que el derecho internacional consagró la indagación como una garantía procesal, entre otras cosas por cuanto todo procesado mantiene el derecho de controvertir las pruebas y las decisiones mediante la demostración de su inocencia.

48 En cambio, no puede sostenerse lo mismo de los enjuiciamientos del decimonónico, dada la injerencia que tenía el ejecutivo sobre el poder jurisdiccional. Tampoco puede pretenderse que durante el siglo XX y con posterioridad a él la administración de justicia haya sido inmune a prácticas que ponen en entredicho la indagación como técnica, pero, sin embargo, las situaciones que podrían señalarse se caracterizan por ser estimadas de opuestas al régimen constitucional y legal. Ciertamente la injerencia de intereses ajenos al proceso han devenido en decisiones que no se basan en el resultado de las indagaciones sino en otro tipo de presupuestos, lo cual se asimila a prácticas corruptas.

que los códigos del siglo XX hasta ahora son refractarios a cualquier otra forma de constitución de la verdad judicial, lo que no conlleva a la verificación de alteraciones en la práctica misma de las indagaciones. Es así que una condena producida en vigencia de un código como el de la Ley 600 del año 2000 reclama que los hechos y la responsabilidad se hayan demostrado, aun cuando la práctica judicial revela que ello no ha sido así necesariamente; el sesgo es opuesto al cometido intencional del legislador. Otro tanto acontece con el procesamiento constituido a través de la Ley 906 de 2004, mucho más acusatorio y adversarial, pese a la que designaríamos como “resistencia contracultural” que permanentemente viene ejerciendo la jurisprudencia a favor de las prácticas inquisitivas. Parece así inevitable admitir que entre los dos tipos de enjuiciamiento existe una ruptura en cuanto al manejo de la prueba, lo que inextricablemente se proyecta sobre los presupuestos de configuración de la verdad judicial en nuestro medio.

Desde luego que podría hacerse un recorrido histórico que contemplara, incluso, el Código de 1936. Sin embargo, y en consideración a que la tendencia sostenida es, en general, predicable del siglo XX, partimos del último código que recogió dicha tendencia, predecesor inmediato de la Ley 906 que, en cambio, marca una ruptura significativa.

Es preciso observar, adicionalmente, que el país no se ha caracterizado por una cultura investigativa que apoye los procesos legislativos, y muy limitadamente analice los efectos prácticos de las reformas. Por suerte que no se dispone de trabajos de campo que hayan analizado el manejo de la prueba en desarrollo de los procesos penales tipo Ley 600 de 2000. Existen tratados de derecho probatorio, los cuales para efectos de este proceso investigativo no mejoran las condiciones del análisis. Con lo que es importante advertirse que no ha podido operarse una comparación sustentable en investigaciones precedentes.

Por demás, las reformas judiciales han sido tradicionalmente inopinadas, en el sentido de no contar con bases de estudios elaborados mediante verificaciones sustentables. De hecho, como hubo oportunidad de advertirse, la reforma constitucional ejecutada a través del Acto Legislativo 03 de 2002 surgió en condiciones similares, es decir, con el pretexto de superar las deficiencias del procedimiento de la Ley 600 de 2000, sin haberse investigado si el mismo tuvo disfunciones, si fue así de qué dependieron, si el campo jurídico colombiano era apto para ajustarse a las prácticas acusatorio-adversariales, si el tipo de crimen del que tendría

que ocuparse el espacio judicial podía procesarse mejor por el llamado sistema acusatorio, en fin, se forjó la reforma muy bien intencionada pero sin bases serias que permitieran suponer que este tipo de procesamiento vehicularía los fines previstos y los valores de la administración de justicia.

Tan inopinada ha sido la reforma que se perpetuó el llamado sistema inquisitivo en la administración de justicia ordinaria, específicamente para los casos de competencia de la Corte Suprema de Justicia por fuero constitucional, sin ninguna explicación atendible distinta al capricho, el mismo que quiso contemporizar el proceso penal colombiano respecto de la tendencia latinoamericana, sin siquiera verificar los resultados que había dado en el entorno experimental conocido.

Esta lamentable práctica legislativa ha intentado corregirse mediante la expedición de la Ley 1147 de 2007, que crea la obligación de constituir unidades investigativas y de especialistas que apoyen la actividad legislativa, en el entendido de que seguir haciendo tanteos intuitivos en materias tan graves como el procedimiento criminal no trae sino cansancio social producto de la decepción constante en las instituciones del Estado.

El juego judicial reglado a través del procedimiento napoleónico de la Ley 600 de 2000

Al igual que la mayoría de códigos penales adjetivos que ha habido en Colombia, el conocido como Ley 600 de 2000 es tributario del legendario código napoleónico de 1803. De ahí que se identifique como “mixto”, queriendo decirse con ello que introdujo características tanto acusatorias como inquisitoriales.

En términos generales, el esquema correspondiente a este procesamiento involucra dos fases propiamente procesales. La primera corresponde a la fase investigativa y es cubierta por un fiscal, quien, en el evento de acusar, deberá sustentar su llamamiento a juicio ante un juez independiente, designado para dictar la sentencia de mérito.

Aun cuando por esta vía se le otorga una entidad propiamente acusatoria al procedimiento, el otorgamiento de funciones jurisdiccionales al fiscal, haciendo de él un juez de instrucción, así como atribuciones conferidas a los jueces tales como poder alterar la calificación jurídica del fiscal u ordenar pruebas de oficio, convirtiéndose por esta vía en un instructor, le informa un profundo sentido inquisitorial.

La configuración de la verdad procesal en este espacio judicial tiene connotaciones específicas. Por una parte, el fiscal se encuentra obligado legalmente a acopiar las pruebas que desfavorezcan como también las que favorezcan al procesado. Por otra parte, el fiscal instruye, de manera que los medios de convicción que arrime a la actuación, independientemente de que participe o no la defensa durante su práctica, adquiere connotaciones probatorias *ab initio*, por tanto vinculantes para el juez de la causa, en la medida que al proferir sentencia debe evaluarlas tanto en su entidad material como legal y, en fin, considerarlas para producir el fallo.

Adicionalmente, el juez durante el juicio puede “completar” la investigación del fiscal a favor o en contra del procesado, ordenando y practicando pruebas de oficio.

Otra característica es que existe la intervención del ministerio público, con los mismos derechos de postulación que asisten al defensor y, durante el juicio, además, al fiscal; siendo en todo caso su obligación constitucional velar por la observación de las garantías procesales y, en general, la legalidad del proceso. El agente del ministerio público puede requerir, sin otro límite que el impuesto por la legalidad, la práctica de pruebas a favor o en contra de los procesados, bien al fiscal durante la instrucción, o al juez durante el juicio y, si es preciso, puede él mismo aportarlas.

Dentro de este panorama, no pareciera tener mayor injerencia un defensor, pues prácticamente las garantías procesales se encuentran supervisadas por el ministerio público y el fiscal tiene que acopiar tanto las pruebas favorables como las que no lo sean a los intereses del procesado. Sin embargo, el defensor tiene todas las potestades derivadas del derecho de postulación, particularmente, puede actuar requiriendo la práctica de pruebas con cargo al estado. Más aún, puede requerirlas al fiscal durante la instrucción y al juez durante la etapa probatoria del juicio. Incluso, si el procesado fue sujeto a medida de aseguramiento, puede espetar la intervención del juez durante la instrucción para que revise su legalidad y, por esta vía, cuestionar probatoriamente el sustento de la medida de aseguramiento.

Es preciso así mismo destacar que el principio de comunidad de la prueba hace que toda evidencia, independientemente de quién la haya aportado, pedido o practicado, se considere a favor o en contra del procesado.

Estas características simultáneas del proceso tipo Ley 600 de 2000 tienen varias consecuencias en relación con el manejo de la prueba y, por consiguiente,

le informan un cierto sentido a la forma como bajo su andamiaje se constituye la verdad judicial.

La primera consecuencia evidente es que exime al defensor de ejecutar actos de investigación. Precisamente, por cuanto se dispone de un fiscal obligado a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado, ante tal principio procedimental, el defensor cuanto tiene que hacer es exigir que el fiscal se dirija en cierto sentido, esto es, el que estime apropiado a los intereses de su cliente, sin que requiera para ello más que contar con la información suficiente para poder orientar las peticiones que en ejercicio de su potestad postulativa.

Si se encuentra en juicio, la situación no resulta significativamente distinta, pues aunque aparentemente el juez no investiga, sí ordena la práctica de pruebas y, en general, dispone de los servicios de la policía judicial para ejecutar los actos probatorios pertinentes. De hecho, nada obsta que el juez desarrolle una actividad probatoria igual o más profunda que la dispuesta por el fiscal, orientando a la policía judicial, a sus dependientes y a las entidades públicas o privadas en las que se apoye con tal finalidad.

Luego, en cualquier caso, lo cierto es que la investigación la realizan el fiscal, el juez o la policía judicial. Siendo así, ni siquiera se espera que el defensor lo haga, precisamente porque no es necesario. De hecho, los abogados colombianos no reciben formación en técnicas de investigación, porque el esquema procesal no lo demanda.

En segundo lugar, el defensor tampoco tiene por qué saber de manejo de la prueba, debido a que ello es trabajo del fiscal y de los investigadores de la policía judicial. En efecto, la potestad que tienen los defensores de exigir la práctica de pruebas al Estado y por cuenta del mismo conlleva marginarse del proceso de recolección, constitución e incorporación de la prueba, puesto que puede exigírselo al Estado a través de la Fiscalía o de sus investigadores. Incluso acontece otro tanto ante el juez de conocimiento, por ser él mismo quien practica los interrogatorios, y solo residualmente lo haría el defensor, puesto que si el juez agota el interrogatorio que le interesa al defensor puede abstenerse de intervenir, así el testigo haya sido solicitado por él.

En cuanto tiene que ver concretamente con la constitución de la verdad judicial, resulta propicia a este esquema procesal la pretensión típicamente aristotélica que él designó como *adequatio rei et intellectus*, conforme con la cual

la verdad procesal es precisamente la correspondencia entre lo acontecido y lo acreditado en el proceso como fuente de producción del fallo.

Y afirmamos dicha identidad sobre la base del sentido unívoco de la investigación, así que no existe claramente un contenido adversarial del proceso. Con fiscales forzados a realizar la investigación propia y la del defensor, no puede garantizarse una tendencia sólidamente adversarial. Si bien es cierto que el defensor no tiene que aportar pruebas contra el procesado, ni siquiera en el evento de la justicia de la causa, su contraparte natural se encuentra exigida en dos sentidos cuando un fiscal acusatorio, estrictamente hablando, no tendría que estar asociado al defensor hasta el extremo de hacerle la investigación.

Pero, ante todo, lo que se reclama es que la identidad con el hecho real se refleje en el fallo, es decir, el peso de establecer dicha identidad grava particularmente la actividad del fallador, precisamente porque es lo que tiene que reflejar en fallo, es decir, el juez del proceso tipo Ley 600 de 2000 está llamado a pronunciarse respecto de los hechos en virtud de una especie de positivismo en donde los hechos en su versión original causan la sentencia, a la manera de un silogismo causalista, en que la premisa fundamental es la situación ocurrida con total fidelidad a los sucesos.

Por ello mismo, el juez tiene potestades investigativas tanto oficiosas como de instancia, precisamente porque es su obligación descubrir la verdad material de los hechos. De manera que todos los actores del espacio judicial concursan a favor del mismo propósito. Obsérvese que el fiscal, el ministerio público y el juez están forzados a favor de establecer la realidad objetiva de los hechos, sin sesgos ni pretensiones diversas a la búsqueda de la llamada verdad real. El único eximido de tal exigencia es el defensor, ya que ninguna disposición lo obliga a concursar en favor de lo que la doctrina conoce o identifica como “verdad real”. Acaso ello explique que en la práctica judicial colombiana, la figura del Ministerio Público haya culminado por ser una cofradía poco deseable con el fiscal y, a veces, con el juez. Estudios sociojurídicos así lo han puesto de manifiesto, al punto de señalar una significativa desconfianza hacia el defensor por parte de los demás actores del espacio judicial⁴⁹.

49 Véase en Silva García Germán. *El Mundo Real de los Abogados y de la Justicia*. V.I. La profesión jurídica. V.II. Las prácticas jurídicas. V.III. La administración de justicia. V.IV. Las ideologías profesionales. Universidad Externado de Colombia. 2001.

De cualquier forma, si bien tal pretensión desafía los postulados sociológicos de la construcción social de la realidad, sí permite una visión procesal en donde la llamada verdad real tiene connotaciones de valor procesal. Tan inalcanzable en todo caso suele resultar que, si en vez de valor fuese un principio, hasta la figura del defensor resultaría prescindible, puesto que los tres representantes del Estado cumplirían los cometidos ónticos y deontológico que explican su presencia inevitable en el espacio judicial; es decir, si todos concursan al fin de establecer la verdad y respetar las garantías procesales, no se advierte en la figura del defensor más que un convidado de piedra.

En vigencia del Decreto 2700 de 1991 ni durante la de la Ley 600 de 2000 se desarrollaron los procesos investigativos que permitieran una perspectiva para establecer cuántos procesos habían resultado significativamente direccionados por la intervención de los defensores; si se toman conclusiones a partir de las causas resueltas en casación, la conclusión corroboraría sus limitadas intervenciones exitosas.

Si además advertimos que de la misma condición ha sido el grueso de los estatutos procesales en Colombia —tanto en lo penal como en las demás especialidades—, no es difícil comprender que la formación en cuanto a manejo de la prueba haya estado contraída a exposiciones teóricas de los medios probatorios contemplados en la ley, amén de alguna reducida formación en criminalística y medicina forense, con espacios tan limitados que dejan la sensación de procurar el lleno de un requisito antes que una pretensión por consolidar la capacidad profesional de los abogados. Esto explica igualmente que conceptos como los de incorporación o exclusión hayan sido extraños dentro de la estructura académica de los abogados, incluso entre quienes ofician como fiscales.

Pero tal condición tiene las explicaciones legales e históricas anotadas, es decir, no existía una verdadera exigencia práctica para que los abogados recibieran formación importante en lo que denominamos manejo de la prueba.

La alteridad extrapolada a partir de la Ley 906 de 2004

La situación descrita a propósito de la Ley 600 de 2000, en tanto esquema de enjuiciamiento criminal, es predicable no solo de las prácticas judiciales predominantes durante el siglo XX en Colombia, sino también durante una parte

importante del siglo XIX, con modificaciones ciertamente, pero cuya vocación fue observada por cerca de doscientos años, es decir, durante el mismo tiempo de experiencia republicana.

Dichas prácticas fueron objeto de lo que llamamos *individuación*. Vale decir al respecto que, siendo esquemas de origen extranjero, los procesales practicados en el país los ha venido apropiando conforme a la satisfacción de sus menesteres procesales, al modo de ser de sus jueces y funcionarios judiciales, a la jurisprudencia, a la organización misma de la administración de justicia y, muy particularmente, a sus abogados, por suerte que la formación impartida a través de las escuelas de derechos se encuentra informada por ella, así que varios de los redactores de los distintos códigos han sido y siguen siendo formadores a nivel de pregrado y postgrados.

Este proceso de individuación de las instituciones jurídico-procesales en lo penal conlleva efectos complejos que impactan los contenidos culturales de la administración de justicia, en la medida en que terminan por convertirse en la forma de ser misma del campo jurídico. Es así como el primer efecto se experimenta en el espacio judicial, en el cual se constituyen las significaciones compartidas por los distintos operadores. Si bien el país nunca contribuyó al desarrollo del modelo procesal que adoptó, lo vivió durante dos siglos, tiempo de experiencia más que bastante para apropiarlo e incorporarlo hasta hacer de él una forma de ser judicial que le pertenece. De manera que los modelos de enseñanza, de justicia, de decisión, en fin, del derecho procesal penal, están contruidos a favor de ese esquema, y se los transmite como una forma de ser del espacio judicial.

Ciertamente, la individuación de los esquemas procesales se resuelve en una cultura, entendida esta como sistema de significación compartida, en que cada uno adecúa sus intervenciones a los roles sociales contruidos al fin de su intervención propiamente dicha, y en los escenarios de aculturación secundaria se acentúan en la medida en que las escuelas de derecho procuran conservar el *statu quo*, tanto más cuanto los formadores son abogados litigantes, jueces o fiscales en ejercicio, incluso redactores de los códigos.

Si se agrega que se trata de prácticas constituidas durante el proceso de surgimiento y consolidación de las estructuras republicanas, es decir, con los orígenes y desarrollo ulterior de los fundamentos políticos de la organización social, aparecen los dos profundamente imbricados y en ocasiones hasta

interdependientes, cimentados en las experiencias suscitadas durante casi dos siglos. Se trata entonces de un país que surgió y creció con el sistema de enjuiciamiento napoleónico, de manera que lo incorporó profundamente en sus contenidos de significación jurídico-procesal.

Con el pretexto de las novedades constitucionales operadas en 1991, se ha querido justificar la incorporación del enjuiciamiento acusatorio y adversarial, aunque sería ingenuo concluir que era refractario a la Constitución de 1886. Lo cierto es que la Ley 906 de 2004 sorprende al país en un instante en que no se halla en condiciones de interiorizarlo al ritmo de la implementación legalmente concebida. Es decir, no se habían sentado las condiciones de asimilación de las nuevas prácticas judiciales, cuando repentinamente los abogados se encontraron en la obligación de ejecutarlas, sin formación preliminar, ni mucho menos tener suficientemente claro por qué se violentaba de forma tan radical sus significados procesales preexistentes. Tal condición es tan visible respecto de litigantes como de fiscales y jueces, con la protuberante deficiencia constituida por la falta de medios y alternativas académicas para su “reformación”.

Desde este punto de vista podemos sostener que la reforma fue un asalto tan violento que ha dado lugar a actitudes contraculturales, de manera que, pese a ser ley el nuevo esquema de procedimiento penal, frecuentemente se advierte la tendencia a retomar las prácticas napoleónicas, haciendo nugatoria en muchos aspectos la reforma, indudablemente bien intencionada en términos de justicia. Para ejemplificar desde el punto de vista del juego procesal lo que ha significado el cambio, podría decirse que se exigió a los actores de un campo de fútbol seguir jugándolo pero con las reglas del ajedrez; por ello las resistencias y los extravíos han sido tan sentidos como ignorados.

Se agregó que el Estado no se cuidó de conformar un grupo asesor experto en administración de justicia que enfatizara las condiciones de implementación de las formas de enjuiciamiento con predominio de la actuación oral, en un ambiente de adversación controlada. Ello dio por resultado que el código terminó siendo elaborado por profesionales que, si bien se distinguían en el campo jurídico colombiano por sus obras, actividades académicas o cargos judiciales, apenas uno de los integrantes de la Comisión Redactora Constitucionales y su grupo de colaboradores, acreditaban experiencia en el tipo de procedimiento que estaban configurando y, su trabajo de base fue objeto de modificaciones

por quienes no tenían la mínima experiencia que la complejidad del encargo legislativo les demandaba.

Fuera de ello y acaso por la misma razón, el Estado nunca dispuso un plan de implementación que asegurase la adecuación de los esquemas jurídicos de los programas de formación, conforme al nuevo procedimiento, a través de las escuelas de derecho, abandonando a los litigantes a la suerte de sus posibilidades y al azar de sus intuiciones. Si bien los jueces, los fiscales y los defensores públicos fueron objeto de cursos de formación a través de las unidades de capacitación de cada entidad, ello no obedeció a un plan integral, coordinado y dirigido, sino a lo que cada entidad creyó que debería hacer, sin contar con las demás.

De manera que por resultado, en la práctica, cada operador del espacio judicial realiza sus roles basado en lo que estima debe ser su intervención, pero desde una perspectiva personal, aislada, más intuitiva que razonada cuando se trata de intervinientes particulares, es decir, quienes no han tenido acceso a los cursos de alguna de las entidades involucradas en la reforma judicial, con proyecciones específicas en institutos tan caros a la práctica judicial como es el tratamiento de la prueba, dados los efectos que dependen de él. La Ley 906 de 2004 actualmente, y a diferencia de los códigos precedentes, desarrolla este tema planteando exigencias tanto operativas cuanto reflexivas, incompatibles con la formación profesional que ha sido la tradicional en los medios académicos colombianos para abogados.

A tal finalidad el análisis se posará inicialmente, con base en el método de la reconstrucción histórica, en la identificación de las cualidades más destacadas que tuvo en consideración la Comisión Redactora Constitucional que culminó el trabajo hoy conocido como Ley 906 de 2004, así como las discusiones surgidas durante las deliberaciones cumplidas en el Congreso de la República, para abordar enseguida el análisis de la estructura legal del manejo de la prueba en el texto del Código y, a continuación, sus proyecciones sobre la configuración de la verdad judicial en los procesos penales colombianos y las exigencias concretas que plantea en materia de manejo de la prueba.

Las bases motivas de la comisión redactora

Conforme al Acto Legislativo 03 de 2002 se constituyó una Comisión Redactora encargada de elaborar el proyecto de Código de Procedimiento Penal que sería

presentado ante el Congreso de la República. Dicha Comisión autorreguló su metodología de trabajo, previendo trabajar sobre un documento fundamental conformado por el anteproyecto preparado por la Secretaría Técnica, en cuya elaboración intervinieron los profesionales más cercanos al enjuiciamiento de corte acusatorio y adversarial, quienes sin embargo no se detuvieron a reparar en la población a la que se dirigía el proyecto, ni los destinatarios finales ni mediáticos del código, acaso porque no lo consideraron parte de su labor.

Lo cierto es que en materia de manejo de la prueba el anteproyecto parecía dirigido a personas capacitadas para el ejercicio inmediato del proceso acusatorio y adversarial, de ahí que en materia de tratamiento de la prueba no haya incorporado disposiciones articuladoras que facilitaran la integración del campo jurídico colombiano especificado en las prácticas suscitadas en el espacio judicial, con la nueva forma procesal. De suerte que el manejo de la prueba aparece regulado conforme a las reglas del Título IX, sobre investigación durante la indagación preliminar, cuyo capítulo I hacía referencia a los organismos de investigación y al Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses. El Capítulo II se tituló “Actos de investigación permitidos durante la etapa de indagación preliminar”, del cual la Sección 1 refería los actos de investigación que no requieren autorización judicial previa independiente para su realización. La Sección 2 estaba aplicada al desarrollo de las actuaciones investigativas que sí requieren autorización previa por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Dentro del Título XII, el Capítulo III regulaba el descubrimiento de los elementos materiales probatorios.

Dentro del Título XIV, la Sección 2 del Capítulo I estaba dedicada a las solicitudes de práctica de pruebas. Mientras que el Capítulo IV refería la práctica de la prueba, en la Sección 1 se desarrollaron las disposiciones generales; en la 2, las reglas relativas a los privilegios; en la 3, a la prueba testimonial; en la 4, a la prueba pericial; en la 5, a la prueba de referencia; en la 6, a las reglas de mejor evidencia; en la 7, a la prueba documental; en la 8, reglas relativas al conocimiento judicial; en la 9, reglas relativas a la suficiencia y valoración de la prueba.

Con base en este material dio inicio la Comisión Redactora Constitucional a sus deliberaciones, de las cuales puede inferirse su postura acerca del manejo de la prueba y las consiguientes modificaciones.

Ciertamente, la característica sobresaliente de la Comisión fue su conciencia acerca del principal inconveniente del nuevo esquema procesal, en cuanto al manejo de la prueba, esto es, las condiciones culturales y académicas de los abogados e investigadores colombianos. Sin duda fue este el aspecto que más preocupó a los comisionados, lo cual marcó una diferencia significativa entre el anteproyecto preparado por la Secretaría Técnica y el proyecto que aprobó la Comisión. Aquel, indudablemente mejor configurado en términos de coherencia sistemática, resultaba mucho más propicio a un régimen procesal acusatorio y adversarial, al fin y al cabo confeccionado por un equipo bien guiado en cuanto a las particularidades de dicho procedimiento, pero caracterizado igualmente por resultar muy distante del espacio judicial que pretendía regular, en cuanto parecía diseñado para abogados perfectamente conocedores del llamado sistema acusatorio, cuando la realidad era en ese entonces completamente opuesta.

La Comisión Redactora quiso ser mucho más sensata en cuanto se dio decididamente a la tarea de constituir un proyecto de código que consultara esa realidad. Desde este punto de vista sacrificaron la técnica legislativa a favor de las condiciones de los operadores del espacio judicial colombiano. Que tal determinación haya sido acertada tampoco es demasiado claro. Quizás un código más exigente hubiese forzado a una formación de las mismas proporciones, sin tantas laxitudes en cuanto a la formación. O habría podido resultar completamente inaplicable. Es algo que seguramente no se podrá establecer.

Lo cierto es que la Comisión optó por configurar un estatuto que guiara a los operadores tan pormenorizadamente como le pareció prudente, en punto concreto al manejo de la prueba.

Sin embargo, como el Congreso, posó el grueso de su atención en las actividades de policía judicial, significando que no existía suficiente confianza en la formación ni la experiencia de los funcionarios de policía judicial, esto es, en los investigadores de la Fiscalía General de la Nación, fundamentalmente.

Pero si se desconfiaba de la formación de los investigadores, tampoco tranquilizaba la de los fiscales, especialmente en cuanto se inquietaba que tuviesen la osadía de abandonar sus oficinas y el rutinario trabajo que habían venido desarrollando al amparo del Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000 consistente en producir una cantidad significativa de decisiones que en realidad correspondían a los jueces, para invadir los espacios investigativos hasta malograr los

planteamientos probatorios del nuevo estatuto procesal. Incluso surgió del seno de la Comisión la idea del programa metodológico, mediante el cual sentaron las bases administrativas para el desarrollo de las investigaciones, asegurándose por esta vía de que los fiscales se encargarían de la dirección de las mismas, pero su desarrollo sería confiando a los investigadores propiamente dichos.

Al igual que el Congreso ocupó su atención principalmente en las labores de policía judicial, descuidando las exigencias investigativas generales de la defensa, e ignorando las exigencias investigativas específicas de la misma, pese a que introdujeron las llamadas “facultades de la defensa en la investigación”, que compone el programa base de investigación de los litigantes que asuman la defensa de los derechos de los procesados, el desbalance puede surgir tanto del escaso número de disposiciones que dedicaron a las investigaciones de los defensores, frente al que destinaron a regular las de la Fiscalía, como a la ausencia de remisión, al menos en cuanto resultase compatible, a las normas que desarrollaron y regularon las actividades de la policía judicial.

Lo cierto es que, pese al nivel de consciencia que caracterizó a la Comisión Redactora, no implementaron un programa de investigación para la defensa, y no obstante haberse mencionado la importancia de regular las actividades de los investigadores privados, se cuidaron de sumirlo con el pretexto de desbordar el objeto de la Comisión, lo cual, además de cuestionable, no se compadecía de las dificultades que le oponía al país desarrollar un proceso legislativo a través del esbrozado camino que ello supone.

Al igual que el Congreso, la Comisión Redactora se ocupó del Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Si bien no pretendieron independizarlo de la Fiscalía, zanjaron la adscripción a esta institución y el desequilibrio respecto a la defensa, facultando su acceso a sus servicios. Dicha facultad fue defendida decididamente en el Congreso de la República.

Acaso haya sido por esa misma particular consciencia sobre las exigencias probatorias del nuevo procedimiento, frente a las particulares deficiencias de formación apropiada a ese esquema por parte de los abogados e investigadores colombianos, la Comisión tendió a la creación de normas que pormenorizadamente regulaban la actividad probatoria, en aspectos como la recolección, embalaje y rotulación de los elementos materiales probatorios, lo cual si bien no resultaba demasiado técnico, precavía la ausencia de manuales y, particularmente, de capacitación de los

operadores. Calidad del proyecto que fue severa y precipitadamente criticada por algunos docentes que intervinieron ante el Congreso.

Si bien como el Congreso descuidó la Comisión Redactora Constitucional tanto las investigaciones de la defensa como las exigencias planteadas por el nuevo estilo procesal en cuanto al manejo de la prueba, varias menciones concretas demuestran que sí fueron conscientes de las necesidades de esta naturaleza que sobrevendrían y, si bien fueron limitadas las ocasiones en que se planteó, es lo cierto que del seno de la Comisión fue que surgieron las disposiciones relacionadas con las facultades de la defensa durante la investigación. En rigor, se debió haber asumido el tema del desarrollo de sus investigaciones y aspectos puntuales del tratamiento de la prueba, como por ejemplo si bajo alguna circunstancia podría exigirse a la defensa abrir la cadena de custodia, qué hacer sin incurrir en conducta irregular disciplinaria o penal con los elementos materiales probatorios y evidencia física obtenida que comprometa que al procesado; cuáles son las facultades y límites de los investigadores de la defensa, aspectos todos estos que si bien en un campo jurídico tradicionalmente acusatorio y adversarial puedan parecer de Perogrullo o innecesario su tratamiento legal, pero en un medio con casi dos siglos de prácticas inquisitoriales ameritaban alguna prevención al respecto.

La verdad sea dicha, la Comisión se hizo particularmente consciente de las necesidades investigativas de la defensa y su importancia cuando ingresó en la difícil discusión sobre formalización de las investigaciones. Sobre este importante aspecto, parece que en lo único que hubo acuerdo entre las dos tendencias que radicalizaron sus posiciones fue que la defensa podía y debía investigar a fin de acopiar elementos materiales probatorios, evidencia física y demás medios probatorios, con la misma libertad que la Fiscalía, la cual contaba naturalmente con un predominio en términos de recursos materiales y humanos, así como de medios tecnológicos.

Como la mayoría de los abogados colombianos, tendieron a acentuar la importancia del juicio oral, en cuanto se refiere al manejo de la prueba, lo cual es atendible por ser el escenario de práctica; sin embargo, la experiencia posterior enseña que descuidar las restantes audiencias, así como las investigaciones, es una demostración clara de inmadurez respecto del procedimiento acusatorio y adversarial. Curiosamente, plantearon sus prevenciones respecto de los obstáculos culturales que ya asomaban, incluso entre los comisionados mismos.

Pese a que la Fiscalía dirigía la Comisión, hubo manifestaciones de preocupación por los abusos de la entidad y su capacidad para atentar la dignidad humana, advirtiendo de alguna manera que el nuevo procedimiento facilitaba las maniobras de este tipo, y se expuso la necesidad de blindar la dignidad humana de esas prácticas.

Fue a propósito del proyecto de ley sobre el sistema nacional de defensoría pública que se volvió a tocar el tema de las investigaciones de la defensa y sus recursos probatorios, pese a ser el momento más oportuno para adentrarse en los aspectos concretos concernientes a la defensa, sin que haya habido un mayor desarrollo frente a lo que ya se había acordado. Incluso, se dejaron profundos vacíos en aspectos clave como por ejemplo el acceso de los defensores a medios de convicción provenientes del exterior. Incluso, se eludió la regulación de las labores de los investigadores privados con el pretexto de no existir facultad para que la Comisión asumiera su desarrollo.

Un nuevo manejo de la prueba y la dirección de la investigación

Desde que se abrió la deliberación del articulado correspondiente al Título III, descrito como “Técnicas de investigación de la prueba y sistema probatorio”, surgieron las advertencias pertinentes a las modificaciones surgidas en cuanto al manejo de la prueba a propósito del nuevo esquema procesal⁵⁰.

A partir de este enunciado se advierte que la Comisión Redactora, a diferencia de la Secretaría Técnica, mantuvo la intención de asumir la existencia de condiciones adversas al nuevo esquema procesal, entendiendo que admitían una serie de prácticas que controvertirían de facto las instituciones jurídico-probatorias. Precisamente se llamó la atención e inicialmente cifraron la discusión en un aspecto que hubo necesidad de someterse a conciliación, consistente en condicionar la labor del fiscal de suerte que no pudiera convertirse en investigador directo, por cuanto devendría testigo de la Fiscalía, condición que resultaba incompatible con la de acusador; por consiguiente, urgía concentrar la investigación de campo en la policía judicial, y especializar al fiscal como director jurídico de esa misma investigación.

50 Nos referimos inicialmente a las discusiones verificadas durante la reunión celebrada el 23 de mayo de 2003, consignadas en el Acta N° 18. Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. *Proceso Penal Acusatorio, Ensayos y Actas*. Editorial Gustavo Ibáñez. 2005. Páginas 417 a 428.

Lo que resultó decididamente confirmado es que el director de la investigación sería el fiscal; mientras que la investigación propiamente tal deberían realizarla los investigadores. Desde luego, ello no exime al fiscal de ser idóneo en materia de investigación y manejo de la prueba por cuanto es la condición *sine qua non* para poder dirigir una investigación⁵¹.

Obsérvese que noemáticamente hablando el horizonte de sentido no es coincidente. Mientras que la Secretaría Técnica parte de un supuesto apenas obvio dentro de un procesamiento acusatorio y adversarial, conforme al cual el fiscal no puede ser el investigador simultáneamente, la visión de la Comisión asume que el fiscal colombiano no asimila la distinción entre investigador testigo y fiscal, precisamente porque no está informado a partir de una tradición mediante la cual haya incorporado en su esquema mental del proceso tal diferenciación necesaria. Y, lo más particular, incorpora el tema en la agenda legislativa.

El nuevo manejo de la prueba y las entidades que deben cumplir funciones de policía judicial

Posteriormente, la discusión se centró en la atribución de funciones de policía judicial a entidades como el INPEC. Hubo posiciones a favor y en contra, en donde se formularon objeciones basadas, nuevamente, en el especial manejo de la prueba subordinado al enjuiciamiento cuyas características de acusatorio y adversarial querían hacerse predominar.

Quienes defendieron las funciones judiciales del INPEC invocaron la posibilidad real de hacerse a los elementos materiales probatorios, posición que, evidentemente, no consultaba sino un criterio de ocasión, marginado de la naturaleza misma del sistema⁵². Por otra parte, se observó que una de las características del nuevo enjuiciamiento y que como ninguna otra lo separaba del anterior era precisamente que los materiales probatorios carecían del contenido de prueba en tanto no se debatieran en juicio oral, público y concentrado; además de carecer de vocación de permanencia. Desde este punto de vista, por sobre el argumento instrumental de facilidad de recaudo, debía observarse la exigencia de profesionalidad y exclusividad de las funciones de policía judicial.

51 Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra página 450.

52 Obsérvese que una idea como la expuesta es apta para justificar la intervención del INPEC, la Procuraduría, la Contraloría o cualquier otra entidad, otorgándole funciones de policía judicial, en un procesamiento penal, en donde lo que menos importa es el carácter acusatorio y adversarial.

Para excluir las funciones de policía judicial al INPEC, también se adujeron argumentos propios del enjuiciamiento acusatorio y adversarial. Se advirtió, por ejemplo, acerca de la inconveniencia de que los guardias del INPEC mantuvieran dichas funciones, cuando eran potenciales testigos para el juicio; respecto, claro está, de los delitos cometidos por los internos durante su reclusión.

En el mismo sentido se observó que las “pruebas” obtenidas durante las investigaciones por entidades como la Contraloría, en desarrollo de su función fiscal, estaban desnudas de valor en el proceso penal en cuanto carecían de contradicción. Situación que no registraba inconveniente alguno respecto del proceso penal tipo de la Ley 600 de 2000, en cuanto para el esquema jurídico procesal que concebía podía aportarse la prueba obtenida o practicada en una actuación distinta, mediante la figura de la prueba trasladada.

Acerca de las funciones de policía judicial, que el proyecto pretendía atribuir a la Procuraduría, se cuestionó el que pudiera mantener simultáneamente las condiciones de policía judicial y de “sujeto procesal”. Sobre el particular, describieron los expertos comisionados que sería tanto como encumbrar dos fiscalías dentro del proceso penal colombiano. Precisamente porque si oficia como policía judicial conllevaría que la Procuraduría tuviese necesariamente que tomar partido, desnaturalizando aún más su intervención procesal, y desoyendo el mandato constitucional que le impuso una posición de por sí objetiva, dadas las funciones otorgadas que le fueron deferidas dentro del proceso. Tanto más sesgada si se estima que las funciones de policía judicial siempre van a estar dirigidas por la Fiscalía, se agregó. Incluso fue planteado que pudiera mantenerlas como las puede tener cualquier persona a prevención en los casos de flagrancia⁵³.

La naturaleza de la prueba y las funciones de la policía judicial

Una importante observación que contribuye a destacar las diferencias que la Comisión consideró al configurar la regulación de la prueba dentro del Código de Procedimiento Penal surgió acerca de la actuación que tendría sobre el particular la policía judicial cuando se dijo que en el nuevo esquema procesal

53 Pese a las bien sustentadas razones señaladas, la Comisión decidió otorgarle funciones de policía judicial a la Procuraduría. Véase página 425 en Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo, Ob. Cit. supra.

un particular puede llevar un documento, si lo quiere introducir la defensa o lo quiere introducir la fiscalía y no necesita ser policía judicial. Explicó que el concepto de policía judicial que se estructura sobre la base de un sistema acusatorio es para constituir un equipo de investigación dirigido por el fiscal y no para darle el valor de prueba a los elementos materiales probatorios adquiridos, como ocurre actualmente [...] en el nuevo esquema la policía judicial no tiene un carácter prevalente o preferente frente a la prueba, pues es el fiscal quien debe coordinar y organizar la investigación para convencer al juez⁵⁴.

Pese a las cuestiones que puede desatar esta idea, lo cierto es que contribuye a la figuración que se había forjado la Comisión respecto del valor de las investigaciones en el esquema procesal sobreviniente. Es así como se aprecia el valor que se estaba imprimiendo a la función de investigar, antes que a los resultados de la misma, valorándola como una metodología de acceso sistemático a los medios de convicción que contribuirían al sostenimiento en juicio de una teoría del caso.

De la misma manera es ya visible el sesgo de la Comisión en el sentido de no prever las mismas advertencias respecto de las investigaciones que debía desatar la defensa.

La vinculación del Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses

Una variable concreta se desprendió del tema relacionado con los servicios prestados por el Instituto Colombiano de Medicina Legal. La propuesta inicial no preveía ninguna probabilidad para la defensa de acudir a este organismo; sin embargo, habiéndose referido el desequilibrio respecto de la Fiscalía, la subcomisión recomendó incluir la posibilidad para el imputado o su defensor de acudir al Instituto en demanda de sus servicios, claro está, con fines probatorios⁵⁵.

Esta decisión se erigió posteriormente en objeto de debates frecuentes en el Congreso, como se verá, pero anticipaba una disputa en el sentido de asociar la prueba producida en el Instituto con la Fiscalía, desmejorando las posibilidades reales de la defensa. Claro está, al menos en este instante, la Comisión Redactora no parece ocupada en este particular aspecto; en cambio preveía la necesidad de acceder a los

54 Dr. Jaime Granados Peña. Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra.

55 Reunión correspondiente al 30 de mayo de 2003. Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra. Página 432.

servicios de medicina legal por parte de la defensa, en la medida en que no disponía de los medios ni los recursos para obtener la prueba a través de vías distintas.

La importancia de preestablecer reglas de obtención y tratamiento de elementos materiales probatorios

Es claro, al menos en este momento específico del debate, que los creadores del proyecto de código siempre atendieron las necesidades de un nuevo manejo de la prueba, mucho más complejo, y que tiene origen en la recolección de los elementos materiales probatorios y las entrevistas e interrogatorios a los testigos⁵⁶. Tal situación impone nuevas exigencias, pues un proceso de recolección opuesto a los estándares técnicos o, dado el caso, opuesto al sistema legal, afecta seriamente las posibilidades probatorias. En efecto, al debatir acerca de la norma relacionada con la actividad de policía judicial en la investigación, no fue objeto de discusión la obligación de identificar, recoger y embalar “técnicamente” los elementos materiales probatorios, así como grabar magnetofónicamente o fonópticamente las entrevistas e interrogatorios, sometiéndolos a cadena de custodia⁵⁷.

La misma tendencia se observa al asumir el tema de las entrevistas. De acuerdo con el artículo propuesto a la Comisión, cuando la policía judicial concluya que existe la necesidad de practicar una entrevista, procederá “observando las reglas técnicas pertinentes y se emplearán los medios idóneos para registrar los resultados del acto investigativo”. Incluso se hizo mención al cuaderno de notas que debe llevar el investigador para registrar las observaciones pertinentes.

Advirtiendo que no fue objeto de oposición, se aprecia el propósito de sujetar las entrevistas a metodologías que resulten apropiadas a un eventual debate probatorio que tenga por objeto la entrevista de manera directa o indirecta.

Referencia e inclusión del programa metodológico, como guía para el fiscal y la remisión legal a los manuales de criminalística

La Comisión Redactora Constitucional, a diferencia de la Secretaría Técnica, parecía ser particularmente consciente no solo de las nuevas exigencias en materia

56 Será objeto de apreciación posterior que un manejo de la prueba estricto debe tener inicio desde el mismo diseño de la investigación e, incluso, en la configuración preliminar de la teoría del caso.

57 Es de anotar que respecto de esta norma se presentó una propuesta sustitutiva.

de manejo de la prueba, sino particularmente de las deficiencias que registraban los abogados colombianos en la materia que, como intérpretes y primeros convidados a la hermenéutica judicial, precisaban de una guía que consideraron debía ser la legal, informándolos acerca de los procedimientos requeridos.

Recuérdese que una característica del anteproyecto fue que parecía dirigido a personas aptas para aplicarlo idóneamente. Mientras que la tendencia manifiesta de la Comisión fue asumir las deficiencias e incrementar la legislación para otorgar herramientas al abogado que se aproximaba un tanto inocentemente al código.

Es por ello que, en relación con el programa metodológico, la propuesta inicial no incluía mención alguna a procedimientos que consultaran metodologías o técnicas en particular, lo cual desató la necesidad de incorporarlas. Así lo expresó uno de los comisionados: “Se debe dejar alguna norma que indique que en la investigación se seguirán las técnicas modernas de investigación y conforme a los manuales”. Idea que fue bien recibida por los demás comisionados y generó la devolución de la norma propuesta⁵⁸. Incluso, se agregó como argumento que el fiscal debía estar en condiciones de corregir a los investigadores a fin de reconducirlos cuando desatendieran durante su actividad las normas técnicas previamente aludidas. Así mismo, hubo acuerdo en que el tema de las técnicas que deben observar los investigadores, por ser tema especial, se tratase en manuales especializados, mientras que el código se limite a remitir a los funcionarios a dichos manuales.

A propósito de la discusión en torno a la norma que refería el cumplimiento de actividades de investigación por parte de miembros de la Policía Nacional sin ser policía judicial, se reiteró la importancia de los manuales que definieran las técnicas que se encuentran obligados a observar los investigadores. Más aún, se puntualizó: “el país no ha avanzado en la aplicación de la criminalística precisamente por falta de pedagogía sobre la materia. Si bien es cierto desde hace muchos años se viene hablando de la prueba técnica, esta no se ha llevado a los procesos porque los funcionarios han seguido con el convencimiento de trabajar únicamente con la prueba testimonial”⁵⁹.

58 Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra páginas 436 y ss.

59 Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra página 441.

Es claro, en consecuencia, que los creadores del código siempre fueron conscientes de las exigencias que planteaba el nuevo sistema de enjuiciamiento, en materia de manejo de la prueba. Al respecto, la máxima preocupación estaba cifrada en la formación académica de los abogados, pues eran así mismo conscientes de su situación. Como puede apreciarse, esta contingencia quiso superarse mediante la producción de manuales, lo cual, como lo acredita la práctica judicial, no parece ser una medida con aptitud suficiente.

Por otra parte, es inquietante que la preocupación se haya planteado exclusivamente respecto de las investigaciones que realiza la Fiscalía, olvidando que tal formación la demandan los abogados restantes. Desbalance lamentable, precisamente porque las nuevas exigencias provienen del esquema procesal, no del extremo que se ocupe a propósito de la litis. Así que el éxito del esquema de enjuiciamiento en términos de justicia material reclama tanto del fiscal como del defensor la suficiente formación y destreza en técnicas de investigación como de manejo de la prueba.

Primera aproximación a las investigaciones de la defensa

Característica del sistema que muy bien entendían los comisionados, era que la defensa precisaba realizar investigaciones, por consiguiente enfrentarían los litigantes las nuevas demandas propuestas por el sistema en materia probatoria.

Así surge de las actas que contienen las deliberaciones que estas nuevas exigencias investigativas y, muy particularmente, sobre el manejo de la prueba del nuevo modelo procesal se imponían como inevitables también a los defensores⁶⁰.

60 Se constata que acerca de las investigaciones que deben adelantar los abogados defensores no fue mucho lo que se dijo durante las reuniones del 14 y 21 de febrero de 2003 (actas 05 y 06), cuando se debatió respecto del principio rector del derecho de defensa, tampoco ocupó a los comisionados durante la reunión del 30 de mayo consignada en el acta 19, en donde se discutieron las normas sobre defensa. Sin embargo, en otras deliberaciones el tema fue al menos invocado, como por ejemplo durante las discusiones relacionadas con la formalización de la investigación. Cfr. "la tarea de la defensa hasta antes de la acusación y a partir de la formalización no es otra distinta que ver que [SIC] tan serio puede ser un cargo, informar a su cliente que [sic] elementos puede reunir por su cuenta y, excepcionalmente, en igualdad de condiciones, la práctica de una prueba anticipada que garantice la contradicción [...] El temor que se ha venido generando es que la formalización de la investigación se convierta en lo que hoy se conoce como la etapa de instrucción en el esquema inquisitivo mixto y se desnaturalice el sistema porque se estaría practicando toda la prueba antes de la acusación por lo cual se debe ser muy restrictivo y, si además, se amplía como lo propone el inciso 2°, a prácticas anticipadas de prueba antes de la formalización, es decir, antes que la fiscalía considere siquiera que hay un cargo, se desnaturaliza totalmente el sistema ya que se está convirtiendo a la defensa casi en un acusador de sí mismo. Señaló que si la defensa no tiene certeza de que la Fiscalía va a formalizar un cargo y, mucho menos si va

Es así que cuando se debatió la norma sobre dirección de la defensa, uno de los comisionados hizo la siguiente advertencia:

teniendo en cuenta el sistema acusatorio, se había propuesto un cambio para tener mayor flexibilidad en el numero [sic] de defensores. En el sistema actual, donde el proceso es escrito, es conveniente que solo se dé la posibilidad de un principal y un suplente, pero en una audiencia donde hay que hacer investigación, realizar interrogatorios y contrainterrogatorios, alegaciones iniciales y finales puede ser estratégico para la defensa que lo cumplan varias personas, las que puedan ser necesarias. Por tanto se debe replantear el tema⁶¹.

Aún cuando la discusión se aplazó, lamentablemente la propuesta no fue acogida, contribuyendo de esta forma a la desnaturalización del enjuiciamiento.

Lo cierto es que la Comisión descuidó profundizar el tema de las necesidades de formación en técnicas de investigación y manejo de la prueba respecto de los defensores y, en fin, de abogados diferentes a los que intervienen en representación de la Fiscalía, puesto que ni siquiera en el momento de debatirse la nueva reglamentación de la Defensoría Pública asumieron el tema en particular y con el cuidado que reclamaba su reglamentación, al punto que en la actualidad se carece de un régimen para el desempeño de los investigadores privados⁶².

a acusar, lo que se estaría haciendo es forzar a un juez a que practique una prueba y a que Fiscalía que asista y la contradiga". Dr. Jaime Granados. Osorio Isaza Ob. Cit supra. Página 475.

La naturaleza misma de la formalización "implica la presentación de unos hechos, lo que implica al menos una imputación fáctica que se complica más cuando se solicita la imposición de una medida de aseguramiento, porque esta depende de una calificación jurídica provisional. Indicó que el contenido de la formalización al activar el derecho de defensa es recoger elementos materiales, lo que se puede asegurar con una buena estructura del juicio, dando términos adecuados dentro del mismo, que se lea la acusación, se presenten las pruebas por parte de la Fiscalía, y entonces, ahí se le da un plazo generoso a la defensa con prórrogas para que realice su defensa, la Corte tendrá efectos tangibles y no unas circunstancias que llevan a unos problemas propios de una figura que no es connatural al sistema, como la formalización de la investigación. Por lo anterior, sugirió si se justifica la inclusión de la etapa de la formalización de la investigación". Dr. Andrés Ramírez. Osorio Isaza. Ob. Cit supra. Página 476.

"Ya existe un acuerdo en el sentido de permitir al defensor de la persona que considere que está siendo investigada, realizar todas las pesquisas necesarias a efectos de recoger todos los elementos materiales probatorios para presentarlos en la etapa del juicio oral". Dr. Gustavo Morales Marín, Osorio Isaza. Ob. Cit supra, página 663.

61 Dr. Jaime Granados Peña. Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra página 451.

62 Reunión del 4 de julio de 2003, correspondiente al acta N° 26.

Sobre el régimen probatorio en particular y su relación con la formalización de la investigación

Concretamente, el tema de las pruebas se discutió a partir de la reunión cumplida por la Comisión Redactora el 7 de julio de 2003⁶³. Refiriéndose a la calidad de los elementos materiales probatorios se insistió en que antes del juicio oral no tendrían sino condición de “evidencia”; a propósito de lo cual hubo de hablarse también de la posibilidad de practicar pruebas antes del juicio oral⁶⁴.

Una posición coherente con la naturaleza y dinámica del procesamiento penal acusatorio y adversarial mantenía la total imposibilidad de judicializar pruebas con anterioridad al debate público, pues tener como prueba cualquier elemento que no se lleve y contradiga en juicio oral, salvo la denominada prueba anticipada, resulta decididamente contradictoria frente a los principios consagrados en el Acto Legislativo 03 de 2002. Otros comisionados se resistían a descartar la ausencia de pruebas practicadas con anterioridad al juicio oral, entendiendo que sin ellas se minaba la potestad investigadora de la Fiscalía. Incluso hubo quien propuso una extraña clasificación entre “pruebas constituidas y pruebas por constituirse”, sosteniendo que un documento, por ejemplo, era prueba desde un principio, en tanto que un testimonio únicamente cuando se practique en juicio oral.

A esas alturas del desarrollo de las deliberaciones no se había sorteado el tema de conflicto más determinante que se presentó durante las deliberaciones, consistente en decidir entre la formalización generalizada o excepcional de la investigación.

Es así que se presentaron dos posiciones: una que pretendía una formalización operada a través de la acusación, lo cual, por cierto, es perfectamente compatible con el esquema de procesamiento acusatorio y adversarial. Esta misma posición acogía la posibilidad de formalización anticipada cuando fuese requerida la imposición de una medida de aseguramiento y cuando se precisara anticipar la práctica de pruebas frente a situaciones de pérdida inminente del material demostrativo. Esta posición sigue siendo apropiada al esquema de enjuiciamiento acusatorio y adversarial.

.....
63 Corresponde al contenido del acta N° 27.

64 Véase por ejemplo la intervención del Doctor Darío Garzón. Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra página 658.

La otra posición abogaba por una formalización generalizada. Significando que siempre que existiesen actos de investigación, debía convocarse a la audiencia de imputación para desatar el derecho de defensa. Tal aserto fue derivado de la interpretación del artículo 29 de la Carta según la cual durante toda investigación y en su integridad se tiene derecho al ejercicio de la defensa. Esta posición, que fue la que terminó imponiéndose, no consulta la esencia misma de procesamiento acusatorio y adversarial.

En efecto, es característico del enjuiciamiento de naturaleza adversarial que existan pretensiones encontradas entre las partes, es decir, entre el fiscal y el defensor. Sin embargo, quien desata la litis es, inevitablemente, el fiscal, aun cuando medie una intención de confesar los delitos por parte del procesable, porque si el fiscal no está dispuesto, por una u otra razón, a acusar, no cabría la posibilidad de un contradictorio. Por otra parte, la única forma como un fiscal determina si acusa o no lo hace es a partir de una investigación, extensa o no, pero siempre al haber agotado en mayor o menor medida una investigación. Solo al llegar a cierto instante de la misma puede el fiscal decidirse por acusar o no hacerlo. Con anterioridad, y de manera excepcional, pueden surgir situaciones que anticipen de alguna forma el debate, y es por ello que en dichas situaciones se justifica la necesidad de una formalización precipitada. Tales excepcionales situaciones que, como se indicó, precipitan el debate probatorio, de suyo demandan la participación del defensor en tanto parte procesal y, por ello mismo, es preciso que se formalice la investigación. Esas situaciones excepcionales son, ciertamente, cuando el fiscal pretender gravar a la persona que investiga con una medida de aseguramiento y la práctica de prueba anticipada que, por cierto, puede ser a favor del investigado pero, dado que puede desaparecer la prueba sin controversia, se justifica plenamente que en este caso se formalice la investigación.

En cambio, una formalización generalizada conlleva que, aún sin saberse si el fiscal tiene intenciones de acusar, afectar con medida de aseguramiento o practicar pruebas previas al juicio oral, público y concentrado, fuerce a la persona del investigado a intervenir como si el fiscal fuese a acusarlo cuando probablemente dicha posibilidad ni siquiera exista. Es decir, se entraba la litis cuando ni siquiera existe el conato de pretensión del fiscal.

Inconvenientes adicionales aparecen en la medida en que no es claro si se debe formalizar la investigación desde que el fiscal realiza el primer acto de

investigación; si es preciso formalizar aun cuando el fiscal tenga razones para archivar o demandar la preclusión. Como también se desata un sinnúmero de audiencias de formalización innecesarias y, por consiguiente, congestión en el servicio de defensoría pública y, en general, desgaste evitable del procesado tanto en su patrimonio económico, como psicológico y moral⁶⁵.

Tampoco puede desconocerse que la necesidad de formalizar la totalidad de las investigaciones abre el camino a prácticas interesantes y novedosas como, por ejemplo, la posibilidad de aproximación del defensor con el fiscal, de suerte que si el defensor se encuentra en condiciones de contribuir en la investigación del fiscal, para impedir una acusación injusta o controvertible, lo apoye para evitar los actos procesales subsiguientes. De esta forma lo que se sugiere es una cultura judicial basada en la transvaluación de los roles del enjuiciamiento acusatorio y adversarial, en favor de esquemas de cooperación entre las partes, lo cual resulta indudablemente deseable aunque, antes bien, un experimento que reclama análisis de contenido “etológico-judicial”, al descubrir una cualidad particularmente interesante del espacio judicial colombiano.

Qué tanto tiene que ver esta discusión con el manejo de la prueba se evidencia no solo en que llevó a retomar la discusión hasta conducir a su solución, sino en que permitió precisar que se trata de una temática que atañe no solo a la Fiscalía sino también a la defensa y, en general, a todos los abogados que intervienen en favor de pretensiones específicas. Por ser tan determinante y estar íntimamente asociados los dos temas, tanto que en algún instante corrieron paralelos, fue precisamente con ocasión de esta discusión que se zanjó la disputa a favor de la formalización generalizada.

La convergencia de la formalización y el manejo de la prueba se expresó específicamente en que ya existía acuerdo, “en el sentido de permitir al defensor de la persona que considere que está siendo investigada, realizar todas las pesquisas necesarias a efectos de recoger todos los elementos materiales probatorios para presentarlos en la etapa del juicio oral y público”⁶⁶. Es decir, el reconocimiento del abogado defensor como uno de los que se le exige para el cumplimiento de

65 Un análisis a profundidad de este tema puede encontrarse en Manuel Fernando Moya Vargas. *Cuatro Aspectos Polémicos de la Ley 906 de 2004*. Defensoría del Pueblo. 2007.

66 Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra página 663.

su rol en el espacio judicial era ya un presupuesto a partir del cual se debatiría la procedencia de la formalización generalizada o excepcional.

Incluso, los partidarios de la formalización excepcional sostuvieron una idea semejante al reconocer que la defensa, en el procesamiento acusatorio y adversarial, se concreta en

la posibilidad [de defensa] antes de la vinculación, es decir, dentro del marco de la legalidad la persona puede recolectar información, pero justamente es por fuera del proceso, porque como tal todavía no hay proceso [...] la investigación es anterior a la acusación, pero no se agota con ella, porque la Fiscalía sigue investigando después de acusar, investiga durante la practica [sic] de pruebas, incluso en el juicio, así como también lo hace la defensa una vez tenga alguna noticia antes pero sobre todo a partir del descubrimiento de la prueba si lo quiere, y en esa medida, el artículo [sic] 29 se salva⁶⁷.

Ciertamente, las exigencias que plantea el nuevo paradigma procesal en materia de manejo de la prueba generan una ruptura que conlleva un alejamiento de las prácticas propias de la Ley 600 de 2000. Acaso ello haya influido a tal grado a un número importante de integrantes de la Comisión Redactora, de suerte que sus preconceptos napoleónicos, antes que autorizadas razones jurídicas y de justicia material, los hayan decidido a persistir en ideas como el sostenimiento de la formalización generalizada sin percatarse de los alcances de la modificación, pese a que fueron alertados al respecto,

antes de la acusación –se les advirtió– el valor probatorio es cero, pero en el juicio es diferente, porque este es el centro de gravedad, es decir que debe ser en el juicio y no en la instrucción. Agregó que en esta etapa de juzgamiento no se deja de investigar. Citó como ejemplo los casos en que se practica la prueba en juicio y un testigo declara una coartada, en ese caso la Fiscalía tendrá que investigarla y precisamente sería en la audiencia pública de juzgamiento donde esto tendría lugar y se corroboraría. Explicó que lo mismo hace la defensa, porque toda la prueba es en el juicio oral, por lo que reiteró que se debe cambiar el paradigma inquisitivo⁶⁸.

Tras haberse determinado por mayoría que las investigaciones se formalizarían de manera generalizada, uno de los comisionados requirió que la discusión fuera nuevamente centrada en el tema de las pruebas⁶⁹.

67 Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra páginas 666-668.

68 Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra página 670.

69 Esta decisión fue adoptada por la Comisión Redactora Constitucional el 7 de julio de 2003, conforme consta en

La fijación en el juicio oral y la preocupación por las deficiencias culturales

Surge de las deliberaciones que el articulado originalmente propuesto constaba de dos partes: la primera desarrollaba el tema de la recolección de los elementos materiales probatorios y, la segunda, la práctica de la prueba en juicio oral. Del capítulo segundo, que fue objeto de conciliación⁷⁰, se habrían suprimido inicialmente diecinueve normas, sin explicación conocida, por parte de la subcomisión encargada⁷¹. De la misma forma, es claro que acerca de las disposiciones del capítulo primero no hubo diferencias importantes. Frente a la situación se dispuso reabrir el debate en punto a las normas eliminadas.

Significando lo anterior que acerca del capítulo de pruebas las discusiones se centraron únicamente en su práctica durante el juicio oral. Pese a ello, surgió la recomendación de cerciorarse sobre las técnicas de investigación y la investigación en sí misma.

Enseguida se discutió acerca de qué normas se sujetarían a nuevo estudio, precisamente porque la aprobación de la formalización generalizada implicaba articular las disposiciones con esta novedad del organigrama procesal. Ello se observó a propósito de una manifestación de la Fiscalía General de la Nación, que exigió explicaciones acerca de por qué la prueba anticipada debía ser conservada por el fiscal y no por la policía judicial. Un representante de la misma entidad advirtió que “las eliminaciones se hicieron bajo el criterio general de casuismo, pero no se alcanzó a hacer la depuración completa”⁷².

Es importante destacar que la Comisión fue consciente de las deficiencias culturales que ostenta el país en materia del manejo de la prueba de forma apropiada a un esquema de enjuiciamiento acusatorio y adversarial. Es así que frente

el Acta 27. Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra página 670. Lo que deja bastantes dudas es que la decisión se haya tomado por mayoría y que apenas uno de los integrantes haya votado contra la formalización generalizada, cuando quienes lo acompañaron en la idea de excepcionarla no habían cambiado de criterio, ni les habían formulado argumentos mejores a los hasta ahora expuestos. Sobre este comportamiento de los comisionados, véase Manuel Fernando Moya Vargas. Ob. Cit. supra.

70 Pese a no ser suficientemente clara el acta, al parecer hubo dos propuestas: una proveniente del texto preparado por la Secretaría Técnica y otra proveniente de la Fiscalía.

71 Véase la observación del Dr. Jaime Granados Peña, obrante en el acta N° 27. Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra página 676 in fine.

72 Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra página 678.

a la propuesta de eliminar la inclusión en una norma de la necesidad de rotular las evidencias, se dijo en contra:

antes de la conciliación, era partidario de trabajar sobre protocolos y esa fue la tesis del anteproyecto que preparó la Corporación, pero durante la conciliación, el señor Vicefiscal lo convenció de la importancia pedagógica en un país que carece de tradición en esa materia, en donde se tienen enormes falencias de las normas contenidas en el Capítulo V. Es, por la importancia que tiene el fetiche informativo en nuestro país, donde si no está en un texto con fuerza de ley, la gente no lo obedece; por lo anterior consideró relevante mantener lo consagrado, porque está técnicamente bien elaborado y aunque se puede establecer en un manual de Criminalística, se deben tener en cuenta los otros factores⁷³.

Posteriormente se refirieron a las dificultades de tener varios organismos con funciones de policía judicial permanentes, lo que genera duplicidad de investigaciones, y se propuso autorizar al Fiscal General para expedir manuales que le permitieran especializar dichos organismos.

La demanda de fortalecer las posibilidades de la Fiscalía General de la Nación y la oposición del principio de dignidad humana

Otro tema que se abordó fue el de la inspección corporal, respecto de lo cual la Fiscalía General de la Nación propendía a recibir facultades en este sentido, frente a lo cual se opuso que cuando las personas no se someten a dicha inspección tampoco existe forma de obligarla, debiéndose acudir a otros mecanismos. Y en todo caso, de mantenerse la propuesta de la Fiscalía se precisaba de una regulación pormenorizada en garantía de los derechos de dignidad e intimidad.

La Fiscalía se sostuvo en su propósito señalando que por ser Colombia un país

en donde permanentemente se están retractando los testigos, si resulta necesario practicar una prueba de sangre para cotejar la presencia de una persona en un crimen, el Estado no se puede limitar a que dicha persona dé su consentimiento. Consideró que si es inocente con mayor razón se debe practicar porque se desvincula con una prueba científica. Adicionalmente, precisó que no se debe limitar aún más la precaria capacidad de prueba de prueba científica que tenemos en Colombia

73 Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra página 678.

por la supuesta violación a la dignidad de las personas, porque se trata de un procedimiento absolutamente utilizado hoy en el mundo entero⁷⁴.

Frente a tal criterio se opuso la existencia de alternativas que no afectan la dignidad humana y, si bien otros derechos pueden encontrarse impactados, ello puede superarse con fundamento en orden judicial; lo que en cambio no es viable men-
guar ni siquiera con base en orden judicial es precisamente la dignidad humana. En sustento se rechazó el recurso a autores que con base en la ley y jurisprudencia norteamericana habían desarrollado el tema⁷⁵, puesto que “Estados Unidos es un país atrasado en la materia”, conforme lo expuso un comisionado.

La Fiscalía estimó que las indicaciones para evitar afectaciones a la dignidad humana podían consignarse en manuales de criminalística.

Frente a dicha posición se insistió en que la dignidad humana es el límite infranqueable a la investigación penal.

Más aún, como propuesta alternativa se sugirió incluir limitantes ónticos como los criterios de “razonabilidad, alternación, evaluación y ponderación”. Incluso, se propuso condicionar expresamente la práctica de este tipo de acciones sobre el cuerpo cuando no hubiese otros medios; en rechazo se adujo que “des-
encadena en que el defensor siempre señalará cualquier otro metodo [sic] como mas [sic] razonable”⁷⁶.

La discusión se concluyó recordando que la disposición ya había sido apro-
bada, es decir, se reclamó centrar la discusión sobre las normas que habían sido suprimidas. Inmediatamente se entró en el análisis de la norma relacionada con la obtención de muestras en la escena del hecho.

La reiteración de pretender regular minuciosamente algunos aspectos de la práctica de la prueba y su relación con el manejo de la prueba

Lo primero que se señaló respecto de la norma proyectada fue que “por exceso de casuismo” no previó elementos como las vainillas de los proyectiles; así mismo, que “los verbos rectores empleados son actividades que se deben regir, no dentro del código, sino que son objeto de la ciencia Criminalística”.

74 Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra página 680.

75 Se refirieron específicamente a Ernesto Shesseeer.

76 Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra página 684.

Frente a lo anterior se llamó la atención acerca del carácter no taxativo que tiene este tipo de disposiciones, como también acerca de la importancia relacionada con que la regulación resulte lo más detallada posible, anticipando soluciones a problemas específicos. El argumento más significativo que se invocó respecto de un código lo más pedagógico posible fue la resistencia que se intuía respecto al cambio de modelo procesal. Específicamente se dijo “debido al cambio de sistema son muchos los retos que hay que enfrentar, muchas dificultades para comprenderlo, de tal manera que entre más pedagógico sea el código en su redacción, mucho mejor”⁷⁷.

En adelante las deliberaciones se ocuparon de temas puntuales en los que se desatacaron sus relaciones directa o indirectamente con el manejo de la prueba. Así, por ejemplo, respecto de las inspecciones se explicó y hubo consenso acerca de la necesidad de tratar en normas diferentes la inspección de la escena del delito y la que se realiza en lugares diferentes. Las diferencias suscitadas no tuvieron otro alcance que lo meramente sintáctico.

Siguiendo adelante la deliberación, uno de los comisionados reclamó le explicaran por qué suprimir la norma sobre exhumación. La explicación de la Fiscalía General de la Nación fue que consideraban la exhumación como una forma de inspección, que la regulación no concernía al código de procedimiento penal y que en muchos lugares del país no se contaba con médicos forenses. De cualquier forma se prefirió incluir la norma sobre exhumación, sin restringir la intervención al Instituto de Medicina Legal, sino ampliándolo al “centro” de Medicina Legal.

Al entrar en el análisis de la norma que facultaba los registros con orden previa del fiscal, se hizo nuevamente la observación del por qué se pretendía eliminar una serie de normas importantes en materia de registros y allanamientos, entre otras precisamente la que se entraba a analizar⁷⁸. Explicó la Fiscalía que un registro realizado con consentimiento del poseedor no tenía las connotaciones de registro ni allanamiento. Frente a ello se ilustró con la situación de la captura en flagrancia donde no media orden previa, sin que por ello deje de ser captura. Habiéndose observado que, además, existen situaciones extremas

77 Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra página 685.

78 Se llama reiteradamente la atención sobre este inusitado hecho, debido a que al parecer fue al interior de la Fiscalía General de la Nación que se hicieron las supresiones, cuando la única entidad facultada para adoptar una decisión de tal alcance era la Comisión Redactora Constitucional.

como el llamado consentimiento presunto era necesario dejar la disposición tal y como se decidió finalmente.

Refiriéndose la Comisión al llamado “registro de buena fe”, mediante el cual no son excluibles las pruebas obtenidas en allanamientos y registros irregulares cuando la policía judicial obró de buena fe, se mencionó específicamente que una de las materias más complejas en el procesamiento acusatorio y adversarial es el manejo de la prueba, específicamente, cuanto hace a su admisibilidad, y que dicha dificultad, al cabo por la alteración cultural, justificaba que la ley fuera lo más detallada posible: “este es uno de los temas más importantes en el debate de un sistema acusatorio y recalcó que en la admisibilidad de la prueba es donde más énfasis se hace, por lo que no se puede afirmar que esté sobrando, sino que, por el contrario, se puede criticar que esté haciendo falta”⁷⁹.

Reiteración relacionada con las deficiencias en la formación de los abogados. Segunda aproximación a las investigaciones de la defensa

Como era de esperarse, al momento de debatir el proyecto de ley sobre el Sistema Nacional de Defensoría Pública, se retomó el tema relacionado con las investigaciones y el manejo de la prueba. De nuevo se hicieron evidentes las deficiencias que un país como Colombia enfrentaría al implementar el enjuiciamiento de corte acusatorio y adversarial. Por una parte, se llamó la atención acerca de la total ausencia de tradición cultural en cuanto al desarrollo de investigaciones a instancia de la defensa, como mecanismo preparatorio necesario para el desarrollo de su labor.

De otro lado, se dijo que tampoco existía la infraestructura académica que la desarrollara y, específicamente, se habló de la falta de escuelas de criminalística.

Como puede observarse, tales vacíos conllevan inevitablemente al diagnóstico de que los abogados colombianos carecen de formación en cuanto al manejo de la prueba.

Se dijo específicamente acerca de las investigaciones privadas de la defensa:

es un aspecto muy importante [...] de acuerdo a la experiencia latinoamericana, en general los esquemas han fallado en este aspecto [...]: En primer lugar, frente al artículo 47, sobre la experiencia de cinco años para los investigadores, si se tiene en cuenta que en Colombia no hay investigadores particulares, las personas que se dedican a ello per-

79 Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra página 692.

tenecen a los cuerpos de investigadores del Estado. Por lo anterior, propuso establecer un mecanismo de transición para revisar las calidades de los investigadores. En segundo término, frente al artículo 48, que hace referencia a las pruebas y técnicamente no corresponde porque se debería hablar de elementos cognoscitivos⁸⁰.

Como puede apreciarse, se estaba discutiendo si se exigía a los investigadores de la Defensoría Pública una experiencia mínima de cinco años. Como propuesta alternativa del propio Defensor del Pueblo, se sugirió que en cambio se exigiera una “experiencia comprobada”, lo cual no parecía ser solución, en consideración a que “en un país que no tiene escuelas de Criminalística esto es complicado”⁸¹.

La importancia de las actividades de investigación y la necesidad de regular las investigaciones de los investigadores privados

De la misma forma, se observó la significación que adquiriría en el campo jurídico y el espacio judicial la figura de los investigadores, advirtiendo que su rol sobreviviente lo investía de particulares potestades que, por su naturaleza, demandaban un efectivo control sobre su actividad. Específicamente se echó de menos el que los investigadores no tuviesen la misma formación de un abogado.

Así mismo, debido a que los investigadores podrían prestar sus servicios tanto a defensores públicos como a abogados de confianza, se propuso que todos los investigadores debieran obtener reconocimiento como tales, en la Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo.

A esta altura de la discusión se dejó claro que la investigación privada⁸² no podía considerarse un privilegio de la defensa pública, puesto que el proceso acusatorio y adversarial suponía que el defensor, sea público o de confianza, debía estar en condiciones de realizar o contratar los servicios comprometidos en un proceso de investigación, con base en el cual desarrollar su actividad profesional.

Las labores de investigación, conforme al criterio que se expuso, constituyen una actividad destacada por ser definitiva para el proceso penal; además, por comprometer actos de actores privados que en mayor o menor medida influyen en la

80 Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra página 749.

81 Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra página 749.

82 Durante las discusiones de la Comisión Redactora Constitucional se ha venido empleando la expresión “investigación privada”, para distinguirla de la investigación que realizan los miembros de policía judicial.

actividad ordinaria de las personas privadas, afectando de una u otra forma sus derechos fundamentales, se estimó necesario que el Estado entrara a regularla; no obstante, ello debía ejecutarse en los escenarios legislativos correspondientes, dado que, en sentir de los comisionados, tal temática resultaba ajena a las funciones atribuidas a la Comisión mediante el Acto Legislativo N° 03 de 2002. En reconocimiento del momento histórico de implementación del procesamiento penal acusatorio y adversarial, se estimó que por carecer el país de formación en investigación, a quienes aspiraran a oficiar como investigadores de la Defensoría del Pueblo no podía exigírseles sino los mínimos requisitos, mientras se decanta la práctica judicial.

Al respecto se expuso:

la investigación privada se requiere independientemente que la defensa sea pública o privada, por lo que el Estado debe reglamentar el ejercicio de la investigación privada, necesidad que trasciende de la misión de la comisión y en atención a que ello no se ha realizado, en su concepto solo se debe requerir el título de idoneidad. Frente a los investigadores de la Defensoría Pública manifestó que puede exigirse más requisitos, sin embargo reiteró que durante la transición, ello no vale la pena porque se haría inaplicable la norma y no se podrían contratar⁸³.

En los términos planteados la Comisión aprobó las normas relacionadas con el ejercicio de los investigadores⁸⁴.

Conclusiones

Enseguida se abordarán las deliberaciones del Congreso de la República tanto en Cámara como en Senado, en relación con las disposiciones del proyecto asociadas con el manejo de la prueba. Las diferencias con respecto a las de la Comisión Redactora Constitucional saltan a la vista. Indudablemente, las de la Comisión resultan destacadamente técnicas en comparación con las del Congreso, en donde se apreciaron aspectos extrajurídicos manifiestos, lo cual se explica entre otros por la vocación de cada una.

La Comisión Redactora resultaba mucho más y mejor informada acerca de la administración de justicia y de lo que significaba en términos de prácticas judiciales una reforma tan radical como la que se estaba operando. Aun cuando es

83 Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra página 750.

84 Osorio Isaza Luis Camilo y Morales Marín Gustavo. Ob. Cit. supra página 752.

preciso observar que las condiciones de las dos eran destacadamente distintas, pues mientras que la Comisión Redactora estaba presidida y contaba con una importante presencia permanente de sus representantes, normalmente más numerosos que los de las demás entidades, el Congreso resultaba liberado de dicha presión, lo cual explica la libertad que se permitieron para manifestarse respecto de las prevenciones que les generaba la Fiscalía.

El carácter técnico de la Comisión Redactora, pese a la presidencia del Fiscal General de la Nación, le imprimió un carácter eminentemente jurídico al proyecto, si bien en aspectos determinantes se separó del anteproyecto preparado por la Secretaría Técnica, por ejemplo, respecto de la formalización de la investigación, lo cual, sumado a la consciencia mayor que les asistió respecto de las condiciones de los destinatarios del nuevo código, llevó a que mantuvieran un manifiesto propósito de ajustar la ley cuanto más se pudiera a esas condiciones sociales que enfrentaría a los operadores del espacio judicial.

La estructura del anteproyecto no resultó coincidente con la del proyecto producido por la Comisión Redactora. Y aún cuando la idea de la formalización no era clara ni siquiera para el equipo que desarrolló el anteproyecto⁸⁵, el haberse optado por la formalización generalizada se justificó en la necesidad de garantizar el derecho de defensa integral durante el proceso. Luego, si la formalización era el acto que desataba el derecho de defensa, se precisaba generalizarla para así poder permitir que el defensor desatara los procesos investigativos pertinentes para contrarrestar al fiscal.

Consecuentes con tal postura se procuró desarrollar con algún detenimiento temas puntuales del manejo de la prueba, no porque hubiese habido la intención de introducir en el código un manual de criminalística, como se adujo sin fundamento serio alguno en el Congreso, sino porque los redactores consideraron que no podían asaltar el país con un estatuto completamente novedoso, sin proveerles herramientas epistémicas mínimas.

La verdad sea dicha, el Congreso no hizo aportes significativos al proyecto, incluso las discusiones desatadas están todas referidas a temas presentados y decantados en la Comisión.

85 Si se revisan las actas de la Comisión Redactora Constitucional, se advierte que el Dr. Jaime Granados Peña sostuvo que "la formalización es necesaria de conformidad con el artículo 29 de la Carta y de la filosofía que inspira el desarrollo del Acto Legislativo". Osorio Isaza Ob. Cit. Supra. Página 471. Sin embargo, en las reuniones subsiguientes en que se debatió el tema asumió la posición contraria, defendiendo la necesidad de consagrar la formalización excepcional, contrariando incluso su propuesta contenida en el anteproyecto cuya elaboración presidió.